

Justiz in der Coronavirus-Krise: Staats- und verwaltungsrechtliche Aspekte

Daniel Kettiger, Rechtsanwalt, Berater und Justizforscher, Thun

Dieser Aufsatz ist die überarbeitete und erweiterte Textfassung eines Vortrags, gehalten am 28. August 2020 in einem Webinar@Weblaw präsentiert von der Richterzeitung.

1. Einleitung	104
2. Notrecht des Bundesrats im Justizbereich	105
2.1 Die Covid-19-Notverordnungen im Justizbereich	105
2.2 Grundsätzliches zur Notrechtskompetenz des Bundesrats	106
2.3 Konfliktzonen zwischen Notrecht und Judikative	107
2.4 Covid-19-Gesetz: Misslungene Überführung	109
3. Gerichtsverhandlung per Videokonferenz aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht	112
4. La Justice n'existe pas: Krisenorganisation ohne Justiz	114
5. Lessons to learn	114

1. Einleitung

Die Coronavirus-Krise traf auch die Justiz, d. h. die Gerichte, Staatsanwaltschaften, Schlichtungsbehörden sowie andere Justizbehörden und auch die Anwaltschaft weitgehend unvorbereitet und stellte diese vor grosse Herausforderungen. Die Situation, die mit der Covid-19-Epidemie entstand, war für alle neu. Eine funktionsfähige Justiz ist für den Rechtsstaat unabdingbar und damit systemrelevant.¹ Das Funktionieren der Justiz als dritte Gewalt im demokratischen Rechtsstaat muss auch in Notlagen gewährleistet bleiben, zumindest so weit, als es um die Garantie der verfassungsmässigen Rechte oder um dringliche, nicht aufschiebbare Gerichtssentscheide geht.² Es ist auch in Notlagen unverzichtbar, dass im Streitfall auf eine funktionsfähige Justiz zurückgegriffen werden kann und Streitigkeiten, die nicht einvernehmlich gelöst werden, möglichst rasch behördlich oder gerichtlich entschieden werden.³

1 Vgl. ANDREAS LIENHARD/DANIEL KETTIGER, Justiz in Krisenzeiten, in: «Justice – Justiz – Giustizia» 2020/2, Rz. 1; in diesem Sinne auch Bundesamt für Justiz, Erläuterungen vom 16. April 2020 zur Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020 (nachfolgend «Erläuterungen BJ»), S. 2. <https://www.ejpd.admin.ch/dam/data/bj/aktuell/news/2020/2020-04-16/erlaeuterungen-covid19-justiz-d.pdf>.

2 Vgl. LIENHARD/KETTIGER, (Fn. 1), Rz. 1.

3 Vgl. Erläuterungen BJ (Fn. 1), S. 2.

Der schweizerische Bundesrat erliess zur Bewältigung der ausserordentlichen Lage zahlreiche Notverordnungen. Das Notverordnungsrecht und dessen Anwendung in der Coronavirus-Krise werfen zahlreiche *staats- und verwaltungsrechtliche Fragen* auf. Diesen soll im vorliegenden Aufsatz nachgegangen werden. Zudem widmet sich der Aufsatz zwei anderen ausgewählten staats- und verwaltungsrechtlichen Fragestellungen im Zusammenhang mit der Coronavirus-Krise, den Gerichtsverhandlungen per Videokonferenz und den Krisenorganisationen ohne Beteiligung der Justiz.

2. Notrecht des Bundesrats im Justizbereich

2.1 Die Covid-19-Notverordnungen im Justizbereich

Der Bundesrat hat vor allem mittels Notverordnungsrecht durch die Coronavirus-Krise geführt und dabei zahlreiche (man könnte fast sagen zahllose) Verordnungen gestützt auf Art. 185 Abs. 3 BV⁴ erlassen.⁵ Zahlreiche dieser Notverordnungen betreffen direkt oder indirekt auch die Gerichtsbarkeit bzw. den Justizbetrieb. Es sind dies insbesondere die folgenden Rechtserlasse bzw. Rechtsnormen in Notverordnungen:

- Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020⁶;
- Art. 8 (erstinstanzliche Verfahrensschritte) der Verordnung über Massnahmen im Asylbereich im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Asyl) vom 1. April 2020⁷;
- Verordnung über den Rechtsstillstand gemäss Artikel 62 des Bundesgesetzes über Schuldbetreibung und Konkurs vom 18. März 2020⁸;
- Verordnung über insolvenzrechtliche Massnahmen zur Bewältigung der Coronavirus-Krise (COVID-19-Verordnung Insolvenzrecht) vom 16. April 2020⁹;
- Verordnung über Massnahmen in der Justiz und im Verfahrensrecht im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht) vom 16. April 2020¹⁰.

4 Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999, SR 101.

5 Vergleiche beispielsweise die amtliche Übersicht «Rechtsetzung im Bereich Massnahmen gegen COVID-19: Übersicht (Stand 13.05.2020)», <https://www.bk.admin.ch/bk/de/home/dokumentation/gesetzgebung/berichtnotverordnungen.html> (zuletzt besucht am 26.08.2020).

6 SR 173.110.4 (in Kraft bis 19.04.2020).

7 SR 142.318.

8 SR 218.241 (in Kraft bis 04.04.2020).

9 SR 281.242.

10 SR 218.241 (in Kraft bis 30.09.2020).

Betroffen ist die Justiz seit April 2020 vor allem durch die COVID-19-Verordnung Justiz und Verfahrensrecht. Aber auch der Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren stellte einen erheblichen Eingriff in den Justizbetrieb dar. Es ist das erste Mal, dass gestützt auf Notverordnungsrecht in dieser Weise in den Bereich der Gerichtsbarkeit eingegriffen wurde, und es stellen sich diesbezüglich verschiedene staatsrechtliche Fragen.

2.2 Grundsätzliches zur Notrechtskompetenz des Bundesrats

Der Bundesrat kann in Notlagen, welche durch Epidemien bzw. Pandemien verursacht werden, Notrecht erlassen und dringliche Massnahmen anordnen. Dabei ist zu unterscheiden zwischen epidemienrechtlich motivierten Präventionsmassnahmen (sog. «Primärmassnahmen») und «Massnahmen, die eine Abfederung der epidemienrechtlichen Massnahmen bezwecken»¹¹ sowie weitere dringliche Massnahmen zur Bewältigung von Krisensituationen, (sog. «Sekundärmassnahmen»)¹².

Massnahmen zur Bekämpfung von Epidemien bzw. Pandemien (Präventionsmassnahmen bzw. «Primärmassnahmen») kann der Bundesrat in ausserordentlichen Lagen (teilweise schon in besonderen Lagen), gestützt auf Art. 7 EpG¹³, anordnen und beispielsweise gesetzesvertretende Verordnungen erlassen. Art. 7 EpG hat allerdings gegenüber Art. 185 Abs. 3 BV keine selbstständige rechtliche Bedeutung.¹⁴ In der Coronavirus-Krise hat der Bundesrat in diesem Sinne unter anderen die COVID-19-Verordnung 2¹⁵ erlassen und so das Verhalten der schweizerischen Bevölkerung in hohem Ausmass gelenkt.

Gemäss Art. 185 Abs. 3 BV kann der Bundesrat direkt gestützt auf diese Verfassungsbestimmung gesetzesvertretende Notverordnungen erlassen, um eingetretenen oder unmittelbar drohenden schweren Störungen der öffentlichen Ordnung oder der inneren oder äusseren Sicherheit zu begegnen; dazu gehören auch sogenannte «Sekundärmassnahmen» bei Epidemien bzw. Pandemien – wobei umstritten ist, ob auch wirtschaftliche Massnahmen zulässig sind.¹⁶ Anwendungsvoraussetzungen für Art. 185 Abs. 3 BV sind (kumulativ), dass die öffentliche Ordnung oder die innere bzw. äus-

11 Erläuterungen BJ (Fn. 1), S. 3.

12 Vgl. Erläuterungen BJ (Fn. 1), S. 3.; ausführlich zu den Sekundärmassnahmen DAMIAN WYSS, Sicherheit und Notrecht, in: Jusletter 25. Mai 2020, Rz. 15 ff.

13 Bundesgesetz über die Bekämpfung übertragbarer Krankheiten des Menschen (Epidemiengesetz, EpG) vom 28. September 2012, SR 818.101.

14 Zum Verhältnis von Art. 7 EpG zu Art. 185 Abs. 3 BV siehe GIOVANNI BIAGGINI, «Notrecht» in Zeiten des Coronavirus – Eine Kritik der jüngsten Praxis des Bundesrats zu Art. 185 Abs.3 BV, ZBl 5/2020, S. 241f.; FLORIAN BRUNNER/MARTIN WILHELM/FELIX UHLMANN, Das Coronavirus und die Grenzen des Notrechts, Überlegungen zu einer ausserordentlichen Lage, AJP 6/2020, S. 693 f.

15 Verordnung 2 über Massnahmen zur Bekämpfung des Coronavirus (COVID-19) (COVID-19-Verordnung 2) vom 13. März 2020, SR 818.101.24 (in Kraft bis 22.06.2020).

16 Vgl. dazu LIENHARD ANDREAS/ZIELNIEWICZ AGATA, Zum Anwendungsbereich des bundesrätlichen Notrechts, ZBl 2012, S. 111 ff; siehe auch BGE 137 II 431, E. 4.1

sere Sicherheit betroffen sind, dass bezüglich des Schutzgutes, das mit einer Notverordnungsmassnahme geschützt werden soll, sowohl eine sachliche wie eine zeitliche Dringlichkeit besteht und dass keine geeigneten (bestehenden) gesetzlichen Massnahmen zur Verfügung stehen (Subsidiarität); zudem muss das Notverordnungsrecht befristet sein.¹⁷ Die Schweiz kennt kein extrakonstitutionelles Notrecht; das Notverordnungsrecht des Bundesrats muss sich deshalb innerhalb des Rahmens der Bundesverfassung bewegen.¹⁸ Mithin müssen die verfassungsmässigen Rechte beachtet werden, wobei die Notverordnungen eine hinreichende Grundlage für einen Grundrechtseingriff im Sinne von Art. 36 Abs. 1 BV darstellen.¹⁹ Der Bundesrat kann weiter nur dort gesetzvertretende Verordnungen erlassen, wo die Bundesverfassung die Rechtsetzungszuständigkeit des Bundes vorsieht. Mithin darf er kein Notverordnungsrecht erlassen, das in die Rechtsetzungs- und Organisationshoheit der Kantone eingreift. Nach einer Minderheit der Lehre darf der Bundesrat mit seinem Notverordnungsrecht in Ausnahmefällen vom bundesstaatlichen Zuständigkeitssystem abweichen, was aber voraussetzt, dass die Kantone ihre innere Sicherheit bzw. das Funktionieren der Behörden nicht mehr selber gewährleisten können²⁰. Letzteres wird nur ganz selten der Fall sein und trifft für die Coronavirus-Krise nicht zu, denn die meisten Kantone verfügen in ihren Verfassungen über Notverordnungs Kompetenzen der Kantonsregierungen²¹, was Letzteren erlaubt, zeitnah und zeitgerecht angemessene Regelungen zu erlassen.

2.3 Konfliktzonen zwischen Notrecht und Judikative

Aufgrund der Gewaltenteilung und der besonderen Funktionen der Gerichte bestehen Konfliktzonen zwischen dem von der Regierung erlassenen Notrecht und der Judikative. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt sind insbesondere die richterliche Unabhängigkeit im Einzelfall als Verfahrensgrundrecht (Art. 30 Abs. 1 BV), die Unabhängigkeit der Gerichte als Organisationsgrundsatz (Art. 191c BV) sowie die übrigen Verfahrensgrundrechte (Art. 6 Abs. 1 EMRK²², Art. 29–32 BV).

Konkret bestehen etwa folgende Konfliktzonen:

- *Eingriffe in laufende Verfahren*: Notverordnungsrecht kann in bestimmten Konstellationen einen unmittelbaren Eingriff in einzelne Verfahren darstellen. Dies

17 Vgl. Urs SAXER, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 185 BV, Rz. 71; GIOVANNI BIAGGINI, Kommentar BV, 2. Aufl., Art. 185, Rz. 10 f.

18 Vgl. SAXER (Fn. 17), Art. 185 BV, Rz. 97 ff.; BIAGGINI (Fn. 17), Art. 185, Rz. 10c f.

19 Vgl. SAXER (Fn. 17), Art. 185 BV, Rz. 102, mit Hinweis auf BGE 137 II 431.; BIAGGINI (Fn. 17), Art. 185, Rz. 10c.

20 Vgl. SAXER, (Fn. 17), Rz. 98.

21 Vgl. z. B. § 91 Abs. 4 KB-AG, Art. 91 KV-BE, § 109 KV-BE, § 56 Abs. 3 KV-LU, Art. 79 Abs. 4 KV-SO, Art. 72 KV-ZH; kein Notverordnungsrecht kennt beispielsweise die Verfassung des Kantons Uri.

22 Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten, SR 0.101.

ist vor dem Hintergrund der Verfahrensgrundrechte problematisch und kann auch die richterliche Unabhängigkeit verletzen. Der Bundesrat ordnete am 20. März 2020 als erstes auf dem Notverordnungsweg einen vorläufigen Friststillstand an.²³ Der Stillstand galt auch für behördlich oder gerichtlich angeordnete Fristen mit einem bestimmten Enddatum zwischen dem Inkrafttreten der Notverordnung und dem 19. April 2020. Bereits zuvor hatte das Bundesgericht in seinem Bereich mit Beschluss vom 14. März 2020 einen Friststillstand angeordnet.²⁴ Solange die Post den Betrieb nicht einstellt, bestehen keine Gründe für einen generellen Rechtsstillstand. Die vom Bundesrat mit Notverordnung angeordnete Verlängerung der Oster-Gerichtsferien griff unnötig in die Kompetenz der Gerichte und deren Möglichkeiten zur Prioritätensetzung ein.

- *Kantonale Rechtsetzungskompetenz für Justizorganisationsrecht*: Gemäss Art. 191b BV sind die Kantone verpflichtet, richterliche Behörden in Zivil-, Straf- und Verwaltungssachen zu errichten. Die Kantone sind mithin auch zuständig für den Erlass des betreffenden Justizorganisationsrechts. Das gilt grundsätzlich auch im Bereich der Zivil- und Strafrechtspflege (Art. 122 Abs. 2 und 123 Abs. 2 BV), seit der Justizreform verfügt der Bund aber i.S. Gerichtsorganisation in diesen Bereichen über eine konkurrierende Gesetzgebungszuständigkeit, die allerdings mit Zurückhaltung auszuüben ist (vgl. Art. 47 BV).²⁵ Der Bund soll seine Rechtsetzungszuständigkeit nur bei ausgewiesenem Bedarf wahrnehmen.²⁶ Die Kantone sollen die Hoheit bewahren, ihre Staatsorganisation umfassend zu regeln und grundsätzlich die Gerichtstypen und deren Zuständigkeiten sowie die Bestellung der Richterstellen festzulegen.²⁷ Daraus folgert, dass die Gesetzgebungskompetenz des Bundes nur vom Parlament ausgeübt werden soll und der Bundesrat mit Notverordnungsrecht grundsätzlich nicht in das kantonale Justizorganisationsrecht eingreifen darf. In Notlagen betrifft dies etwa die Fragen des Sitzes des Gerichts oder des Orts der Verhandlungen; aber auch durch Bundesgesetz delegierte kantonale Rechtsetzungsbefugnisse wie Erhöhung der Einzelrichterkompetenz (Art. 19 Abs. 2 StPO) oder die Öffentlichkeit der Urteilsberatung (Art. 54 Abs. 2 ZPO²⁸) stehen mithin nicht zur Disposition.²⁹

23 Verordnung über den Stillstand der Fristen in Zivil- und Verwaltungsverfahren zur Aufrechterhaltung der Justiz im Zusammenhang mit dem Coronavirus (COVID-19) vom 20. März 2020, AS 2020 849, SR 173.110.4.

24 Vgl. Medienmitteilung des Bundesgerichts vom 25. März 2020, https://www.bger.ch/files/live/sites/bger/files/pdf/de/Information_Anwaelte_Fristen_coronavirus_Internet_d_2020_03_25_1.pdf (zuletzt besucht am 30. April 2020).

25 Vgl. BIAGGINI (Fn. 17), Art. 122, Rz. 6 f, Art. 123, Rz. 5.

26 Vgl. BIAGGINI (Fn. 17), Art. 122, Rz. 6.

27 Vgl. BIAGGINI (Fn. 17), Art. 122, Rz. 6.

28 Schweizerische Zivilprozessordnung (Zivilprozessordnung, ZPO) vom 19. Dezember 2008, SR 272.

29 Schweizerische Strafprozessordnung (Strafprozessordnung, StPO) vom 5. Oktober 2007, SR 312.0.

- *An Gerichte delegierte Rechtsetzungskompetenzen*: Der Bundesgesetzgeber hat – nicht zuletzt auch in Berücksichtigung der richterlichen Unabhängigkeit (Art. 30 Abs. 1 BV) und der Organisationshoheit der Gerichte (Art. 191c BV) – den Gerichten ein Selbstsatzungsrecht und weitere Rechtsetzungsbefugnisse eingeräumt. In diesen Bereich darf nach der hier vertretenen Auffassung mit Notverordnungsrecht nicht eingegriffen werden. Dies betrifft neben der inneren Organisation der Gerichte beim Bundesgericht beispielsweise die Detailregelung zur elektronischen Eingabe und Zustellung (Art. 42 Abs. 4 und 60 Abs. 3 BGG³⁰).

Der Bundesrat ist mithin zuständig für den Erlass von Notverordnungsrecht in folgenden Bereichen:

- materielles Bundesrecht;
- Prozessrecht, soweit Bundeskompetenz (ZPO, StPO, VwVG³¹);
- Organisationsrecht der Gerichte des Bundes (BGG, VGG³², StBOG³³, PatGG³⁴; MJV³⁵).

Der Bundesrat muss dabei im Notverordnungsrecht zudem die richterliche Unabhängigkeit im Einzelfall (Art. 30 Abs. 1 BV), die Unabhängigkeit der Gerichte als Organisationsgrundsatz (Art. 191c BV), sowie die Verfahrensgrundrechte (Art. 6 Abs. 1 EMRK, Art. 29–32 BV) beachten.

2.4 Covid-19-Gesetz: Misslungene Überführung

Das befristete Notverordnungsrecht soll nun in ordentliches Recht überführt werden. Zu diesem Zweck verabschiedete der Bundesrat zu Händen des Parlaments am 12. August 2020 die Botschaft zum Covid-19-Gesetz samt eines Gesetzesentwurfs.³⁶ Wie der Titel des Gesetzesentwurfs «Bundesgesetz Entwurf über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie» besagt, besteht der Inhalt dieses Gesetzes nicht – wie üblich – aus rechtlichen Regelungen, welche das Parlament erlassen hat, sondern aus einer Aneinanderreihung von Dele-

30 Bundesgesetz über das Bundesgericht (Bundesgerichtsgesetz, BGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.110.

31 Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (Verwaltungsverfahrensgesetz, VwVG) vom 20. Dezember 1968, SR 172.021.

32 Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtsgesetz, VGG) vom 17. Juni 2005, SR 173.321.

33 Bundesgesetz über die Organisation der Strafbehörden des Bundes (Strafbehördenorganisationsgesetz, StBOG) vom 19. März 2010, SR 173.71.

34 Bundesgesetz über das Bundespatentgericht (Patentgerichtsgesetz, PatGG) vom 20. März 2009, SR 173.41.

35 Verordnung über die Militärjustiz (MJV) vom 22. November 2017, SR 516.41.

36 Botschaft vom 12. August 2020 zum Bundesgesetz über die gesetzlichen Grundlagen für Verordnungen des Bundesrates zur Bewältigung der Covid-19-Epidemie (Covid-19-Gesetz), BBl 2020 6523.

gationsnormen. Diese ermächtigen den Bundesrat, die bisher als Notrecht erlassenen Verordnungen weiterhin zu erlassen – nun allerdings als ordentliches Recht gestützt auf das Covid-19-Gesetz. Das Gesetz gilt bis zum 21. Dezember 2021, für die Massnahmen im Bereich der Arbeitslosenversicherung bis zum 31. Dezember 2022. In diesem Zeitraum kann der Bundesrat auf dem Verordnungsweg in zahlreichen Bereichen Regelungen erlassen, die von der ordentlichen Gesetzgebung abweichen. Damit wird faktisch die Notverordnungscompetenz des Bundesrats in Sachen Covid-19 zeitlich um ein bis zwei Jahre verlängert. Diese Überführung von Notrecht betrifft auch die Justiz; Art. 5 Covid-19-Gesetz soll unter der Sachüberschrift «Justizielle und verfahrensrechtliche Massnahmen» den folgenden Wortlaut erhalten:

Der Bundesrat kann zur Gewährleistung des Justizbetriebs und der verfassungsrechtlichen Verfahrensgarantien von den Bestimmungen der Verfahrensgesetze des Bundes in Zivil- und Verwaltungssachen abweichende Bestimmungen in den folgenden Bereichen erlassen:

- a. Stillstand oder Wiederherstellung gesetzlicher Fristen und Termine;
- b. Einsatz technischer Instrumente oder Hilfsmittel wie Video- und Telefonkonferenzen bei Verfahrenshandlungen mit Teilnahme von Parteien, Zeuginnen und Zeugen oder Dritten, namentlich Verhandlungen und Einvernahmen;
- c. Form und Zustellung von Eingaben, Mitteilungen und Entscheiden sowie Einsatz von Online-Versteigerungsplattformen im Betreibungs- und Konkursverfahren.

Das Covid-19-Gesetz ist von seiner Konzeption her aus den folgenden Gründen verfassungs- und gesetzeswidrig:

- Das schweizerische Staatsrecht kennt kein «Ermächtigungsgesetz». Bei der Überführung von Notverordnungsrecht in ordentliches Recht ist der materielle Gesetzesbegriff von Art. 164 BV zu beachten. Art. 164 Abs. 2 BV erlaubt zwar die Delegation von Rechtsetzungsbefugnissen, allerdings nur insoweit, als sie nicht durch die Bundesverfassung ausgeschlossen sind.³⁷ Ein verfassungsrechtliches Delegationsverbot ergibt sich somit insbesondere für alle wichtigen und grundlegenden rechtsetzenden Bestimmungen (Art. 164 Abs. 1 BV), für schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten (Art. 36 Abs. 1 BV), für den Freiheitsentzug (Art. 31 Abs. 1 BV) sowie für bestimmte Fragen des Ausgaberechts (Art. 127 Abs. 1 BV).³⁸ Zudem wird eine Normierung der Grundzüge im Gesetz verlangt.³⁹ All diesen Grundsätzen vermag das Covid-19-Gesetz nicht zu genügen – es widerspricht in eklatanter Weise Art. 164 BV, abgesehen davon, dass nicht geklärt ist, ob es grundsätzlich überhaupt zulässig ist, den

37 Vgl. PIERRE TSCHANNEN, St. Galler Kommentar, 3. Aufl., Art. 164 BV, Rz. 37.

38 Vgl. BIAGGINI (Fn. 17), Art. 164, Rz. 12.

39 Vgl. BIAGGINI (Fn. 17), Art. 164, Rz. 13.

Bundesrat in einer Delegationsnorm zur Abweichung vom Gesetzesrecht zu ermächtigen. Das Prozessrecht gehört zu den Rechtsmaterien, die grundsätzlich im Gesetz zu regeln sind (Art. 164 Abs. 1 Bst. c und g).⁴⁰

- Notverordnungsrecht darf nur unter bestimmten Voraussetzungen erlassen werden.⁴¹ Wenn nun die Zuständigkeiten zum Erlass von Notverordnungsrecht ins Gesetz überführt werden, werden diese sehr strengen und einschränkenden Anforderungen unterlaufen. Der vorgesehene Art. 1 Abs. 2 Covid-19-Gesetz vermag diese Lücke nicht zu schliessen, zumal dort die Voraussetzungen zum Gebrauch der Delegationsnormen durch den Bundesrat viel offener formuliert sind. Das Covid-19-Gesetz verletzt mithin Art. 185 Abs. 3 BV.
- Mit dem Covid-19-Gesetz kommt für die Überführung von Notverordnungsrecht in ordentliches Recht zum ersten Mal Art. 7d RVOG⁴² zur Anwendung. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers muss bei der Überführung in ordentliches Recht Art. 164 BV vollumfänglich gewahrt werden und es «führt kein Weg an dem Grundsatz vorbei, wonach wichtige rechtsetzende Bestimmungen in der Form des Bundesgesetzes zu erlassen sind»⁴³. Art. 7d RVOG bezweckt nach dem Willen des Gesetzgebers, die normale demokratische Kompetenzordnung auch in ausserordentlichen Lagen so rasch wie möglich wieder zu gewährleisten.⁴⁴ Das Covid-19-Gesetz erfüllt die Anforderungen von Art. 7d RVOG nicht.

Immerhin soll darauf verzichtet werden, dem Bundesrat auch das Recht einzuräumen, für gerichtlich oder behördlich angeordnete Fristen per Notverordnung einen Friststillstand anzuordnen.⁴⁵ Damit wird diesbezüglich die richterliche Unabhängigkeit gewahrt.

Letztlich stellt sich die Frage, weshalb das Covid-19-Gesetz auf Regelungen in Zivil- und Verwaltungssachen beschränkt wird und nicht auch die Strafverfolgung betrifft. Dafür fehlt leider in der Botschaft des Bundesrats jegliche Begründung.⁴⁶

Die Überführung des Notverordnungsrechts in ordentliches Recht ist mit dem Covid-19-Gesetz total misslungen. Es bleibt zu hoffen, dass das Parlament den Gesetzesentwurf zurückweist.

40 Vgl. TSCHANNEN (Fn. 37), Art. 164 BV, Rz. 21 und 32.

41 Vgl. oben Ziffer 2.2.

42 Regierungs- und Verwaltungsorganisationsgesetz (RVOG) vom 21. März 1997, SR 172.010.

43 Vgl. Parlamentarische Initiative «Wahrung von Demokratie, Rechtsstaat und Handlungsfähigkeit in ausserordentlichen Lagen», Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010, BBl 2010 1563, S. 1583.

44 Vgl. Bericht der Staatspolitischen Kommission des Nationalrates vom 5. Februar 2010 (Fn. 43), BBl 2010 1563, S. 1578.

45 Wohl auch wegen der Vernehmlassung des BAV.

46 Vgl. BBl 2020 6523, insb. S. 6603.

3. Gerichtsverhandlung per Videokonferenz aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht

Am 16. April 2020 erliess der Bundesrat die COVID-19-Verordnung «Justiz und Verfahrensrecht». Kernstück dieser Verordnung ist der 2. Abschnitt (insb. Art. 2–4 und 6), welcher im Zivilverfahren – in Abweichung vom geltenden Recht – für Verhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen von Gerichten, Schlichtungsbehörden sowie Kindes- und Erwachsenenschutzbehörden bis zum 30. September 2020 Videokonferenz-Anwendungen und teilweise auch Telefonkonferenz-Anwendungen zulässt.⁴⁷ Das Bundesgericht hat inzwischen in einem Urteil festgehalten, dass die ZPO die Durchführung von Gerichtsverhandlungen per Videokonferenz nicht zulasse.⁴⁸ Es liess die Frage der Verfassungs- und Gesetzeskonformität der COVID-19-Verordnung «Justiz und Verfahrensrecht» dabei offen.⁴⁹ Damit wurde die Chance verpasst, Klarheit darüber zu schaffen, ob die Gerichte im Sinne der COVID-19-Verordnung «Justiz und Verfahrensrecht» Videokonferenzen einsetzen dürfen – das Bundesgericht erwies mit seiner Zurückhaltung der Sicherheit der Rechtsprechung einen Bärendienst.

Der Einsatz von Videokonferenz-Anwendungen für Gerichtsverhandlungen, Anhörungen oder Einvernahmen stellt – abgesehen von offenen verfahrensrechtlichen Fragen – insbesondere ein Datenschutzproblem dar (und damit ein staats- bzw. verwaltungsrechtliches Problem). Gemäss Art. 4 Bst. c COVID-19-Verordnung «Justiz und Verfahrensrecht» ist denn auch sicherzustellen, dass der Datenschutz und die Datensicherheit bei Verhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz-Anwendungen gewährleistet sind.

Fakt ist, dass es heute weitestgehend keine Videokonferenz-Anwendungen gibt, welche bei mehr als zwei Teilnehmenden eine vollständige Verschlüsselung «end-to-end» (e2ee) gewährleisten können.⁵⁰ Unabhängig davon, ob WebRTC oder eine andere Technologie eingesetzt wird, erfolgt bei Videokonferenz-Anwendungen die Verschlüsselung nur zwischen den Browsern auf den Endgeräten der Teilnehmenden und dem Server, auf welchem die Videokonferenz-Anwendung läuft (sog. Transportverschlüsselung), nicht aber auf dem Server selbst, weil Bilddaten derzeit verschlüsselt nicht ausgetauscht werden können. Jitsi und Chrome arbeiten derzeit an einer echten Verschlüsselung «end-to-end» (e2ee) für die Videokonferenz-Anwendung Justi Meets; die Verschlüsselung läuft derzeit in einer Testumgebung. Bis diese Anwendung für ein breites Publikum erhältlich sein wird, wird man sich noch einige Zeit gedulden müssen.

47 Ausführlich dazu DANIEL KETTIGER, Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen mittels Videokonferenz, Jusletter vom 4. Mai 2020; vgl. auch FRANÇOIS BOHNET/SANDRA MARIOT, La vidéoconference et le projet de révision du CPC, SZSP/RSPC 2/2029.

48 Urteil 4A_180/2020 des Bundesgerichts vom 6. Juli 2020, E. 3.7.

49 Urteil 4A_180/2020 des Bundesgerichts vom 6. Juli 2020, E. 4.4.

50 Umfangreiche eigene Abklärungen in Zusammenarbeit mit der Weblaw AG; der Verfasser dankt Franz Kummer für die zahlreichen wertvollen Hinweise.

Will man Videokonferenz-Systeme für den Gerichtsgebrauch auf (Web-)Services und nicht auf Inhouse-Anwendungen basieren, so besteht eine mögliche und datenschutzrechtlich zulässige Alternative darin, dass das betreffende Gericht einen Anbieter eines solchen Service in der Schweiz oder im EU-Raum auswählt und mit diesem einen Auftragsverarbeitungsvertrag abschliesst, der den spezifischen Geheimhaltungsbedürfnissen des Gerichts beim Serverbetreiber Rechnung trägt. Solche massgeschneiderte Angebote bzw. Angebote mit massgeschneidertem Auftragsverarbeitungsvertrag für Gerichte bestehen nach dem Wissen des Verfassers (noch) nicht. Ein möglicher Partner, den man anfragen könnte, ist die Veeting AG⁵¹, welche auf Servern in der Schweiz Videokonferenz-Services anbietet. Dieses Unternehmen bietet nämlich auch sogenannte «Off-the-Record»-Sitzungsräume mit echter Verschlüsselung «end-to-end» an, welche bis zu fünf Teilnehmer erlauben. Dabei verbinden sich die Browser «peer-to peer» (p2p) untereinander, alle Daten (Dokumente, Whiteboard etc.) werden ebenfalls über verschlüsselte (WebRTC-) Datenkanäle direkt unter den Teilnehmern verteilt; der Anbieter kann keine Daten auslesen. Für eine Verwendung für Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen ausgeschlossen sind alle Services, welche auf Servern der USA oder von US-amerikanischen Unternehmen laufen, darunter fallen bekannte Videokonferenz-Anwendungen wie Google Hangouts Meet, GotoMeeting und Zoom. Der Hauptgrund ist der am 22. März 2018 vom Kongress der Vereinigten Staaten von Amerika (USA) beschlossene Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act (US CLOUD Act). Kernstück des Gesetzes ist die Verpflichtung von Unternehmen in den USA und mit US-Bezug, amerikanischen Sicherheits- und Strafverfolgungsbehörden auch dann Zugriff auf Daten von Nutzern zu geben, wenn diese Daten nicht in den USA gespeichert sind. Damit ist die Vertraulichkeit dieser Daten selbst bei der Unterstellung des Unternehmens unter das Privacy Shield nicht durchwegs gewährleistet. Da Microsoft Teams nur als Cloud-Lösung eines amerikanischen Anbieters besteht, wird auch von der Verwendung von Microsoft Teams abgeraten.

Die Datenschutzproblematik stellt sich nicht, wenn Videokonferenz-Anwendungen auf Servern, die dem Bund oder dem Kanton (allenfalls dem Gericht selber) gehören, als Inhouse-Lösungen betrieben werden. Der datenschutzrechtliche Königsweg für Videokonferenz-Anwendungen für Gerichtsverhandlungen, Anhörungen und Einvernahmen ist derzeit die Verwendung solcher Inhouse-Lösungen. Es können u. a. folgende Videokonferenz-Anwendungen mit Software-Lizenzen auf eigenen Web-Servern betrieben werden:⁵²

- Big Blue Button;
- Jitsi Meets;
- Veeting Rooms;

51 <https://www.veeting.com/>.

52 Diese Aufzählung ist nicht abschliessend

- Skype Business Server (es ist fraglich, wie lange diese Videokonferenz-Anwendung noch angeboten wird).

Vor der gleichen Problematik wie die Gerichte stehen im Übrigen auch Anwältinnen und Anwälte, welche mit ihrer Klientschaft Videokonferenzen durchführen wollen. Für diese gilt das Vorstehende sinngemäss.

4. La Justice n'existe pas: Krisenorganisation ohne Justiz

Die Gerichte und andere Justizbehörden waren auf die Covid-19-Epidemie nicht oder nur schlecht vorbereitet. Demgegenüber verfügte beispielsweise der Europäische Gerichtshof (EuGH) über eine Notfallplanung, welche das Szenario einer Epidemie enthielt.⁵³

Im Influenza-Pandemieplan des Bundes kommt die Gewährleistung des Justizbetriebs – wie auch jene der öffentlichen Verwaltung – gar nicht erst vor.⁵⁴ Dies schlägt auf die kantonalen Folge-Pandemieplanungen durch. Ganz allgemein scheinen die Gerichte in die Führungsorganisation zur Krisenbewältigung nicht oder ungenügend eingebunden zu sein. Es bestehen keine Regelung in der betreffenden Gesetzgebung über ausserordentliche Lagen, keine Vertretung von Gerichtsbehörden in Krisenstäben, kein Notorganisationsrecht (z. B. Ausfall ganzer Gerichte bzw. Staatsanwaltschaften) und kein selbstständiges Notverordnungsrecht (beispielsweise der Justizleitung) in ausserordentlichen Lagen. Dies ist ein erheblicher Mangel des Staatsorganisationsrechts und der Gesetzgebung über ausserordentliche Lagen, die es zu beheben gilt. Dabei ist nicht nur an weitere Epidemien vom Ausmass von Covid-19 zu denken, sondern auch an Naturkatastrophen grösseren Ausmasses, die in der gebirgigen Gegend der Schweiz angesichts der Klimaerwärmung ganz offensichtlich drohen, oder an Terroranschläge grösseren Ausmasses.

5. Lessons to learn

Bezogen auf die Justiz ist die Hauptidee aus staats- und verwaltungsrechtlicher Sicht aus der Coronavirus-Krise, dass die Gerichtsbarkeit in der Verfassungs- und Gesetzgebung zu ausserordentlichen Lagen zu wenig mitgedacht wurde. Notrecht und Notorganisation wurden bisher primär auf die Bundesverwaltung und die Kantonsverwaltungen bezogen. Dies sollte sich ändern, wobei dem Grundsatz der Gewaltenteilung und den besonderen Funktionen der Gerichte Rechnung zu tragen ist.

⁵³ Information von Costas Popotas, EuGH.

⁵⁴ Vgl. Bundesamt für Gesundheit (BAG), Influenza-Pandemieplan Schweiz 2018.